Die selbständigen Strafversprechen

des § 343 Abs. 2 B. G. B.

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Landesuniversität Rostock,

vorgelegt

von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Kurt Wendt,

Referendar in Königsberg i. Pr.

Königsberg i. Pr.
Königsberger Allgemeine Zeitungsdruckerei.
1903.

Meinen Eltern

in Dankbarkeit gewidmet

Der Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552724_0064

1. **Billmann.** Die Vertragsstrafe im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Erlanger Inaug.-Diss. S. 32 ff.

2. **v. Buchka.** Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des Gemeinen Rechts. Berlin 1898. Verlag von Liebmann. S. 80 f.

3. **Bunsen.** Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Rostock 1897. Werthers Verlag.

4. **Cosack.** Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. I. Jena 1897. Verlag von Fischer. § 93 (S. 223 ff.)

5. **Crome.** System des Deutschen Bürgerlichen Rechts (Recht der Schuldverh., S. 212 ff.). Tübingen und Leipzig 1900. Verlag von Mohr.

6. Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896. Verlag von Heymann.

7. **Dernburg.** Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Halle 1889. Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses. Bd. II, Abt. 1, § 100 (S. 220 ff.)

8. **Deus.** Die Vertragsstrafe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Erlanger Inaug.-Diss. S. 34 ff.).

9. **Deutsche Juristen-Zeitung,** Jahrgänge 1900 und 1902.

10. **Endemann.** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1898. Heymanns Verlag. Bd. I, S. 600 ff (§ 133).

11. **Enneccerus u. Lehmann.** Das Bürgerliche Recht. Marburg, Elwertsche Verlagsbuchhandlung, 1901. Bd. I, S. 460 ff.

12. **Falkmann u. Magdan.** Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. III. Bd. (Jahrgang 1901, 2. Halbjahr), S. 286 f.

13. **Fuld.** Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlautern Wettbewerbs. Hannover 1896. Helwingsche Verlagsbuchhandlung. S. 129 ff.

14. **Fuld.** Die Vertragsstrafe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Abhandlung im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. 9. Jahrgang 1899. S. 337—350.

15. **Geiershöfer.** In „Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern". Neue Folge. XLI. Bd. Erlangen 1896. Verlag von Palm u. Enke. S. 49—54.

16. **Goldschmidt-Lilienthal.** Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1901. Verlag von Vahlen. S. 396 f.

17. **Heilfron.** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1902. Verlag von Speyer u. Peters. II. Abteilung, S. 231 ff. (§ 28).

18. **Hölder.** „Die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe", Abhandlung im „Recht". 4. Jahrgang, 1900. S. 161.

19. **Juristische Wochenschrift,** herausgegeben von Kempner. 29. Jahrgang, 1900. S. 874[9].

20. **Klein.** Ueber den Verfall der Konventionalstrafe. Erlanger Inaug.-Diss. 1899.

21. **Koffka.** In Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages. Bd. II, S. 3 ff.

22. **Kohler.** Das Obligationsinteresse. Abhandlung im Archiv für Bürgerliches Recht. (Heymanns Verlag.) Jahrgang 1897, insbes. S. 25 f.

23. **Kuhlenbeck.** Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899. Heymanns Verlag. Teil II. S. 129 ff.

24. **Krückmann.** Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Göttingen 1901. Verlag von Vandenhoek und Ruprecht. § 45. (S. 213 f.)

25. **Leist.** Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit im künftigen Reichsrecht. Jena 1899. Verlag von Fischer. S. 28.

26. **Leske.** Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des Preußischen Allgemeinen Landrechts. Berlin 1900. Verlag von Liebmann. § 49. (S. 152 ff.)

27. **Lübbe.** Die Vertragsstrafe nach gemeinem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Greifswalder Inaug.-Diss. 1900. S. 40 f.

28. **Meisner.** Kritische Bemerkungen zur Schlußrevision des Entwurfs des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Breslau 1896. Verlag von Koebner. S. 77.

29. **Marcus.** Ueber die Geltendmachung des Rechts des Schuldners auf richterliche Ermäßigung in den Fällen §§ 343, 655 B. G. B., Abhandlung in „Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts". 9. Jahrgang, 1900. S. 18.

30. **Matthiaß.** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Verlag von Häring. Berlin 1900. I. Bd., S. 218 (§ 89).

31. **Motive** zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Verlag von J. Guttentag. S. 275 ff.

32. **Neuhaus.** Konventionalstrafe. Erlanger Inaug.-Diss. 1897.

33. **Oertmann.** Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin, 1889 Heymanns Verlag. S. 85 ff.

34. **Otto.** Vorträge über „Das Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Abschnitt 1—6". Dritter Vortrag. Abgedruckt im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. 8. Bd. Jahrgang 1898. S. 713 ff.

35. **Pfizer.** Die Vertragsstrafe nach dem B. G. B. (in Zeitschrift für das Notariat in Bayern).

36. **Philler.** Vorlesungen über das Bürgerliche Gesetzbuch. Leipzig 1899. Verlag von Hirschfeld. S. 89 f.

37. **Planck.** Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin 1900. Verlag von Guttentag. S. 780 ff.

38. **Protokolle** der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1897. J. Guttentags Verlagsbuchhandlung. S. 780 ff.

39. **Scherer.** Die Gesetzgebung des Deutschen Reichs mit Erläuterungen. Bd. VII mit Ergänzungen.

40. **Schleipen.** Die Konventionalstrafe nach gemeinem Recht, verglichen mit der Vertragsstrafe des Deutschen B. G. B. Köln 1898. Druck der Kölner Verlagsanstalt.

41. **Schmidt.** Verwirkungsklausel und Vertragsstrafe beim Abzahlungsgeschäft. Rostocker Inaug.-Diss. 1902. S. 76 ff.

42. **Schöntag.** Ueber die Vertragsstrafe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Erlanger Inaug.-Diss. 1898. S. 21 ff.

43. **Schollmeyer.** Recht der Schuldverhältnisse. München 1900. Becksche Verlagsbuchhandlung.

44. **Simon** in „Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages". Bd. II, S. 33 ff.

45. **Speck.** Die Konventionalstrafe als Interesseersatz. Berliner Inaug.-Diss. 1896.

46. **Stahel.** Die Konventionalstrafe mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Obligationsrechts. Züricher Inaug.-Diss. 1898.

47. **Stammler.** Das Recht der Schuldverhältnisse. Guttentags Verlagsbuchhandlung. Berlin 1897.

48. **Staub.** Kommentar zum Handels-Gesetzbuch. Berlin 1900. Heines Verlag. Bd. II, S. 1063 ff. (zu § 348).

49. **Staudingers** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1901. J. Schweitzers Verlag. Recht der Schuldverhältnisse von Mayring. S. 92 ff.

50. **Stobbe-Lehmann.** Handbuch des Deutschen Privatrechts. Berlin 1898. Verlag von Hertz. III, § 218.

51. **Strauß.** Ueber die Konventionalstrafe nach der neuen Reichsgesetzgebung. Erlanger Inaug.-Diss. 1898.

52. **Weyl.** Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für Praktiker. München 1898. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. § 82.

53. **Windscheid.** Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts. Bearbeitet von Kipp. 8. Auflage.

Abschnitte.

I. Die Merkmale der selbständigen Strafversprechen nach § 343[2].

1. Die sie von der Vertragsstrafe scheidende Selbständigkeit. S. 11—12.
2. Ihre Vertragsnatur. S. 12.
3. Die Formerfordernisse. S. 13.
4. Die Eigenart der Bedingung: ein Verhalten des Strafschuldners entscheidet. S. 14.
5. Notwendigkeit eines Interesses des Strafgläubigers an diesem Verhalten. S. 14—19.

II. Ihre Behandlung.

1. Die vollinhaltlich auf sie zur Anwendung kommenden Vorschriften des § 343[1] über das richterliche Ermäßigungsrecht. S. 19—31.
2. Sind sie im übrigen lediglich als bedingte Versprechen zu behandeln? S. 31—43.

Während man im allgemeinen wohl sagen kann, daß die Regelung, die das Institut der Vertragsstrafe im Bürgerlichen Gesetzbuch erfährt, in den Grundzügen mit der bisher herrschenden gemeinrechtlichen Lehre übereinstimmt, fällt uns bei näherem Zusehen in der Spezialnorm des § 343 doch eine wesentliche Bestimmung ins Auge, die dem gemeinen Rechte fremd war und die in vielfacher Hinsicht großes Interesse verdient.

Der erste Absatz jenes Paragraphen führt für die Vertragsstrafe in gewissen Fällen richterliche Ermäßigungsbefugnis ein:

„Ist eine verwirkte Strafe (d. h. Vertragsstrafe) unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden." „Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen.

Daneben wird eine Richtschnur für die Beurteilung der Angemessenheit gegeben, dergestalt, daß der Richter angewiesen wird, hierbei „jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen."

An diese Bestimmungen, also an das „Wann" und das „Wie" der richterlichen Ermäßigungsbefugnis, anknüpfend, gibt nun Absatz 2 folgende Bestimmung:

„Das Gleiche gilt auch außer den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, daß er eine Handlung vornimmt, oder unterläßt." Die Fassung dieser Vorschrift ergibt schon in den Worten: „außer den Fällen der §§ 339, 342" die Absicht, hinauszugreifen über das Gebiet der Normen, inmitten derer sie steht, über das Gebiet der Vertragsstrafe.

Die „Strafe", die Absatz 1 im Auge hat, ist — das ergibt sich aus der Stellung von § 343 von selbst — die Vertragsstrafe.

Wohl ist auch in Absatz 2 der gleiche Ausdruck „Strafe" gebraucht, doch weisen, wie bereits angedeutet, die Worte: „außer den Fällen der §§ 339, 342" uns darauf hin, daß hier keine im Sinne jener beiden Paragraphen versprochene Strafe, keine Vertragsstrafe gemeint ist, daß vielmehr Absatz 2 das Ermäßigungsrecht des Richters unabhängig machen will von dem in jenen Paragraphen 339 und 342 festgesetzten

Haupterfordernis der Vertragsstrafvereinbarung, dem Dasein einer Hauptverpflichtung als Basis derselben, daß er also lediglich selbstständige Strafversprechen im Auge hat. Aus dem Absehen von einer solchen Hauptverbindlichkeit erklärt sich auf natürliche Weise eine Abweichung unseres § 343 Absatz 2 von § 339 in der Fassung; dort — in § 339 — heißt es: „Verspricht der Schuldner „dem Gläubiger" eine Strafe usw.", hier dagegen wird ein Empfänger des Strafversprechens nicht erwähnt, es heißt einfach: „Das Gleiche gilt . . ., wenn jemand eine Strafe . . . verspricht usw."

Die Vertragsstrafe kann eben nur zwischen Bestimmten vereinbart werden, zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger einer Verbindlichkeit, darum mußte § 339 einen solchen Gläubiger als Versprechensempfänger besonders bezeichnen, während hier jene Notwendigkeit der Bezugnahme auf ein anderes Rechtsband wegfällt. Wenn man sich dies vor Augen hält, so wird man vor dem — auf den ersten Blick vielleicht etwas naheliegenden — Trugschluß bewahrt bleiben, daß daraus, daß in Absatz 2 § 343 ein Versprechensempfänger nicht besonders erwähnt wird, zu folgern wäre, daß die Worte: „außer den Fällen der §§ 339, 342" noch eine weitergehende Bedeutung als die vorhin berührte haben, daß nämlich auch von der Vertragsnatur des Strafversprechens abzusehen ist, und ein solches Versprechen somit, um wirksam zu sein, von niemandem besonders angenommen zu werden braucht, vielmehr wie eine Auslobung auch mit Gültigkeit ad incertam personam gerichtet werden kann.

Vor allem steht auch einer derartigen Auffassung § 305 B. G. B. entgegen, der zur Begründung eines Schuldverhältnisses in allen Fällen einen Vertrag zwischen den Beteiligten erfordert, „soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt".

Somit bedürfte es, wollten wir das in Absatz 2 gemeinte Strafversprechen als einseitiges Rechtsgeschäft gelten lassen, nach dieser Richtung einer direkten, den § 305 B. G. B. hier ausschließenden Andeutung.

Auch der Ausdruck „Verspricht" selbst darf uns in dieser Beziehung nicht irreführen.

§ 339 redet ja auch von einem „Versprechen" und die Motive Bd. II zu § 120 I. Lesung S. 275 stellen dort die zweiseitige Natur ausdrücklich fest. Vermeidet doch der Gesetzgeber sogar da, wo es sich ausnahmsweise nicht um einen Vertrag, sondern um ein einseitiges Rechtsgeschäft, um die Auslobung, handelt, geflissentlich den Ausdruck „Versprechen", indem er in diesem Falle vom „Aussetzen" einer Belohnung spricht.

Auf Versprechen der Art des § 343 Absatz 2 findet, was ihre Form anlangt, § 780 B. G. B. Anwendung.*) Derselbe schreibt für derartige Verträge, durch welche eine Verpflichtung selbständig begründet werden soll — auch er gebraucht den Ausdruck „Schuldversprechen" —, als Erfordernis ihrer Gültigkeit Schriftform vor.

Nur für den Fall, daß solche Versprechen „auf Grund einer Abrechnung oder im Wege des Vergleichs" entstanden sind, läßt § 782 auch den formlosen — mündlichen — Abschluß als rechtsverbindlich gelten.

Das Hauptmerkmal der von § 343 Absatz 2 umfaßten Gruppe von Schuldversprechen liegt in der bedingten Natur jener Versprechen, doch ist auch die Bedingung selbst wieder von bestimmter Eigenart und somit in besonderer Weise für die Gruppe charakteristisch.

Für sie muß nach der Vorschrift unseres Paragraphen ein bestimmtes Verhalten des Versprechenden maßgebend sein, ein Tätigwerden oder Nichttätigwerden also in bestimmter Richtung, ein Handeln oder Unterlassen.

Wohl sind sehr gut Fälle denkbar, wo ein solches Handeln mehr ein Produkt äußerer Verhältnisse als eigner Entschließung ist, wo ein Unterlassen einer bestimmten Handlung durch unüberwindliche Hindernisse veranlaßt wird, stets muß aber an sich — theoretisch — die Möglichkeit der Freiheit des Entschlusses, des Verhaltens, gegeben, vorzugsweise daran gedacht sein.

Ich kann z. B. wohl ein Strafversprechen nach § 343[2] abgeben unter der Bedingung, daß ich heute nicht nach N. gehe, wenn ich wie mein Kontrahent dabei, obwohl widrige Umstände einen Gang nach N. geradezu unmöglich machen können, nur an meine persönliche Tätigkeit und Ausdauer denke, vermöge derer ich heute nach N. kommen will.

Mache ich aber ein Versprechen davon abhängig, ob ich eine bestimmte Stelle „erlange", um die ich mich bewerbe, oder ob ich ein schwieriges Werk zu stande bringe, und denke ich hierbei gar nicht an meine persönlichen Bemühungen, sondern lediglich an das durch äußere Einwirkungen und Verhältnisse — die Zahl der Bewerber um die Stelle, die Güte des zum beabsichtigten Werke verwandten Materials — beeinflußte *Gelingen* oder *Nichtgelingen* meiner Absicht, so steht meines Erachtens dieser Fall schon außerhalb des Kreises, den sich § 343 Absatz 2 durch seine Fassung zieht; denn es ist

*) cfr. Schollmeyer a. a. O. Note 3 zu § 343.

ja hier, näher betrachtet, kein persönliches Handeln meinerseits für die Bedingung ausschlaggebend, sondern in erster Reihe fremde, außer meiner Person liegende Einflüsse und Zufälle, die etwas glücken oder nicht glücken lassen.

Eine allzu ausgedehnte Deutung erfährt § 343 Absatz 2 durch Endemann*). Er sieht beispielsweise als unter ihn gehörig auch den Fall an, wo der Verkäufer eines Hauses dem Käufer eine Entschädigung für den Fall verspricht, daß dieser (der Käufer) eine Schankkonzession nicht erlangt, und will allgemein für jedes Garantieversprechen die Norm unseres § 343² gelten lassen.

Für eine derartig weite Ausdehnung fehlt meines Erachtens im Gesetzestext jede Grundlage. Hätte der Gesetzgeber in § 343 Absatz 2 auch Fälle wie den obigen, hätte er jedes Garantieversprechen treffen wollen, so wäre er wohl sicher um einen umfassenderen Ausdruck nicht verlegen gewesen.

Ob eine Ausdehnung in jener Richtung praktischer gewesen wäre, darüber ließe sich vielleicht streiten; für den später noch näher zu erörternden alleinigen Zweck der Einführung dieser Vorschrift, eine Umgehung des in Absatz 1 statuierten Ermäßigungsrechts zu verhindern, genügte bereits dessen Ausdehnung lediglich auf diejenigen bedingten Versprechen, die mit der Vertragsstrafe allein Aehnlichkeit haben, allein als geeignet erschienen wären, erforderlichenfalls als Deckmantel für verkappte Vertragsstrafen von unverhältnismäßiger Höhe zu dienen.

Nicht ausdehnen dürfen wir gegenüber den erläuterten, die erforderte Eigenart der Bedingung klar bezeichnenden, Worten des Gesetzestextes die Umgrenzung der durch § 343 Absatz 2 getroffenen Gruppe bedingter Versprechen, wir müssen sie im Gegenteil noch etwas einengen. Denn daneben ist nach dieser Richtung hin noch ein Moment in der sonstigen Ausdrucksweise unserer Vorschrift zu beachten, nämlich, daß unter der Bedingung bestimmten Verhaltens eine „Strafe" als versprochen vorausgesetzt ist.

Der Gebrauch des Ausdrucks „Strafe" erscheint an dieser Stelle nicht absichtslos und ist darum eingehender auf seine Bedeutung zu untersuchen.

Das Gesetz hätte ja einfach nur davon reden können, daß jemand eine „Leistung" für den Fall bestimmten Verhaltens verspricht, zumal das Wort „Leistung" dem Bürgerlichen Gesetzbuch sehr geläufig ist im Gegensatz zu dem ihm ungewöhnlichen Ausdruck „Strafe" und auch

*) a. a. O. S. 605.

umfassend genug gewesen wäre, um nach jeder Richtung hin zu genügen, vorausgesetzt, daß das Gesetz nicht durch die Wahl des Ausdrucks etwas Besonderes sagen, modifizierend wirken wollte.

Kann doch eine „Leistung" jeden nur zulässigen Inhalt (beliebiger Art) haben und insbesondere nach § 241 B. G. B. auch in einem Unterlassen bestehen. Nach der letztgenannten Richtung hin bedeutet allerdings gleicherweise das Wort „Strafe" um so weniger eine Beschränkung, als auch § 342 als Vertrags„strafe" jede „Leistung" zulässt, also auch jedes Unterlassen, insbesondere auch beispielsweise jedes Dulden fremden Tuns.

Um das zu verstehen, was das Gesetz hier durch die Wahl des sichtlich engeren Begriffs „Strafe" hat sagen wollen, müssen wir uns klar machen, was wir im allgemeinen uns unter einer „Strafe" vorzustellen pflegen.

Der Ausdruck mutet uns im Privatrecht eigentümlich an, und da er hier eigentlich nur in der Verbindung „Vertragsstrafe" vorkommt, müssen wir auf den Teil der Rechtswissenschaft zurückgreifen, aus dem er stammt, auf das Strafrecht.

Im Strafrecht denken wir uns unter „Strafe" ein Uebel, dem sich zu unterziehen jemand gezwungen wird, weil er die Norm eines Strafgesetzes verletzt hat. In der Regel wird die Straftat einen verletzenden Erfolg gegenüber materiellen oder idealen Interessen, sei es Einzelner, sei es der Gesamtheit, bereits verursacht oder diese doch in irgend einer Weise bedroht haben.

Neben diesem ursächlichen Zusammenhange wird auch meistens ein größeres oder geringeres Verschulden des Täters vorhanden sein. Doch ist ein solches nicht unbedingt erforderlich. So erscheint uns beispielsweise die in §§ 137, 152 des Vereinszollgesetzes festgesetzte Ordnungsstrafe als besonders prägnanter Fall einer Strafe ohne Verschulden.

In der „Konventionalstrafe" ist dieser eben erörterte Begriff „Strafe" in die Sphäre des Privatrechts hinübergekommen und zwar im alten Rom zu einer Zeit, als Privat- und öffentliches Recht, Zivil- und Strafklage sich noch nicht als scharfe Gegensätze gegenüberstanden. Privat- und öffentliches Recht sind längst streng geschieden, das Wort Konventionalstrafe dagegen ist als „Vertragsstrafe" ins Bürgerliche Gesetzbuch hinübergekommen, obwohl es, wie bereits betont, eigentlich eine Absonderlichkeit ist, im Privatrecht von „Strafe" zu reden, und dieser Ausdruck uns auch sonst nicht begegnet.

Der Gedanke an die Notwendigkeit von Verschulden ist als Charakteristikum, wenn er überhaupt noch für die Mehrzahl der Fälle

beim Strafrecht in dem Wort „Strafe" zu stecken schien, bei der Vertragsstrafe gänzlich abhanden gekommen.

Für den Fall, wo die Verpflichtung in einem Unterlassen besteht, läßt § 339 lediglich die Zuwiderhandlung ohne Schuldmoment entscheidend sein, und bei dem Verzug, auf den derselbe Paragraph für die positive Verbindlichkeit verweist, braucht gleichfalls nicht immer (cfr. z. B. § 278 B. G. B.) Verschulden des Schuldners vorhanden zu sein.

Die Notwendigkeit eines Verschuldens kann demnach auch in § 343 [2] der Ausdruck „Strafe" nicht andeuten wollen.

Wenn B. dem A. also beispielsweise eine Strafe verspricht, „für den Fall, daß er nach X. geht", und geht er in der Dunkelheit auf dem Wege nach Z. fehl und kommt nach X., oder wenn er im entgegengesetzten Fall eine Strafe verspricht für den Fall, „daß er zu einem bestimmten Termin nicht in X. ist" und die Brücke dahin wird weggeschwemmt, sodaß er nicht hingelangen kann, so ist die Tatsache, daß er den Eintritt der Bedingung nicht durch Verschulden herbeigeführt hat, unerheblich, es sei denn, daß aus den Abmachungen ein entgegengesetzter Parteiwille direkt erhellt, ein bestimmter Grad des Verschuldens als notwendig festgesetzt ist.

Bei einer derartigen vis major, wie im letzten Falle, ist also beim bedingten Strafversprechen des § 343 Absatz 2 der Versprechende gewöhnlich schlechter gestellt, als wenn er dem andern gegenüber eine Verpflichtung — etwa aus einem Auftrag — hätte, zu dem Termin in X. zu sein, und demgemäß § 339 zur Anwendung käme, daher mangels genügender Verzugsvoraussetzungen auch die Strafe nicht verfiele.

Nach obigen Ausführungen läßt die Fassung des § 343 [2], wonach eine „Strafe" versprochen sein muß, nur noch eine Deutung zu: Es soll damit ausgedrückt werden, daß das Gesetz es für ein wesentliches Erfordernis der Anwendbarkeit des § 343 Absatz 2 erachtet, daß im konkreten Falle sich eine gewisse — den Ausdruck „Strafe" rechtfertigende — Aehnlichkeit mit den Fällen einer wirklichen Vertragsstrafe insofern ergibt, als das aus dem Strafrecht herübergekommene wesentlichste Kennzeichen der Strafnatur dergestalt vorhanden ist, daß durch das die Verwirkung herbeiführende Verhalten Interessen des Vertragsgegners irgendwie verletzt sind*), und zwar Interessen in des Wortes weitestem Sinn; denn, wie im Strafrecht und bei der Vertragsstrafe, muß es auch hier gänzlich unwesentlich sein, ob Vermögensinteressen oder andere Interessen als geschädigt in Frage kommen.

*) Dieser Ansicht ist auch Matthiaß a. a. O.

Es wird also — genau genommen — gegenüber den Besonderheiten einer Vertragsstrafe nur davon abgesehen, daß dem Interesse des Versprechensempfängers an dem für den Verfall ausschlaggebenden Verhalten des Andern auch ein — durch Gesetz oder Vertrag begründetes — Recht zur Seite steht oder gleichzeitig mit der Abgabe des Strafversprechens — bereits die Motive 1. Lesung Bd. II zu § 420 S. 275 betonen ja diesen Fall als auch noch in das Gebiet der Vertragsstrafe gehörig — kraft Vertrages zur Seite tritt.

Selbstverständlich wird im Einzelfalle die Beurteilung der Frage, ob man es mit einer Strafvereinbarung, die der Norm des § 343 Absatz 2 unterliegt, oder mit einem rein bedingten Versprechen zu tun hat, angesichts des § 133 B. G. B. in erster Reihe nicht der Gebrauch oder Nichtgebrauch des Ausdrucks „Strafe" — dieser ist ja vom Gesetzgeber sichtlich nur zur genaueren Kennzeichnung dessen, was er meinte, benutzt —, sondern vor allem der Gesichtspunkt entscheidend sein, ob die Parteien sich dessen bewußt waren, daß das die Bedingung bildende Verhalten des Versprechenden ein Interesse des andern berühren könnte, und dieses demgemäß durch eben jenes Versprechen indirekt geschützt werden sollte.

Fraglos wird allerdings die Wahl der Bezeichnung „Strafe" vielfach insofern von nicht zu unterschätzender Bedeutung sein, als sie eine immerhin wertvolle Unterstützung zur Aufklärung der Parteiabsichten nach der erwähnten Richtung hin bietet.

Wo also weder von einem Recht*), noch von einem unmittelbaren Interesse des Versprechensempfängers an dem in Frage kommenden Verhalten selbst — das mittelbare Interesse infolge der eventuellen Verwirkung der Strafe bleibt selbstverständlich außer Betracht — die Rede sein kann, kommt auch die Norm des § 343 Absatz 2 nie in Frage.

Verspricht B. dem A. mithin für den Fall, daß er nach X. geht, bezw. für den Fall, daß er nicht nach X. geht, 1000 Mark, und ist es dem A. im übrigen — an sich — vollständig gleichgültig, ob B. nach X. geht, so fällt eine solche Vereinbarung — eine Strafe im Sinne unseres § 343 Absatz 2 kann das Versprochene nicht sein, selbst wenn es von den Parteien so bezeichnet sein sollte — zweifellos nicht unter § 343 Absatz 2.

Ein derartiges Versprechen ist in jeder Beziehung nach den allgemeinen Normen über bedingte Verträge zu behandeln, und das richterliche Ermäßigungsrecht des § 343 Absatz 1 kommt hier dem Ver-

*) Wie bei der Vertragsstrafe.

sprechenden nicht zu statten. Das ergibt sich eigentlich auch schon daraus, daß § 343 Absatz 1 von einer „unverhältnismäßig hohen" Strafe redet, also immer doch eine gewisse — beschränkte — Höhe auch des Interesses vorausgesetzt — ein solches, wenn auch immaterielles Interesse wird ja bei der Vertragsstrafe auch in der Tat stets vorhanden sein —, § 343 Absatz 2 aber mit dem sonstigen Inhalte des vorausgehenden Absatzes auch jene Voraussetzung unverhältnismäßiger Höhe übernimmt. Bereits hierin dürfte die Notwendigkeit enthalten sein, Fälle der Art, wie den zuletzt erwähnten, aus dem in § 343 Absatz 2 abgegrenzten Kreise bedingter Versprechen auszuscheiden.

Auch käme man, wollte man in der Tat in gleicher Weise Fälle der ebengedachten Art der Herrschaft des § 343 Absatz 2 und damit der richterlichen Ermäßigung unterstellen, zu der eigentümlichen Konsequenz, die aus ihnen hervorgehenden Verbindlichkeiten — da eine Ermäßigung derselben nach den Grundsätzen von § 343 auf ihre gänzliche Vernichtung herauskäme — als eine Art natürlicher Verbindlichkeiten anzuerkennen, deren Unwirksamkeit allerdings — und hierin läge die größte Absonderlichkeit — erst auf den Antrag des Schuldners dem Richter durch Urteil auszusprechen überlassen wäre. Hätte das Gesetz dergestalt eine ganze Gruppe bedingter Versprechen zu natürlichen Verbindlichkeiten stempeln wollen, so hätte es zunächst sicher dem richterlichen Ermessen hierbei keinen freien Spielraum gelassen (der Richter „kann" ja nur gemäß § 343 ermäßigen), dann aber auch eine direkte klare Vorschrift gegeben, wie in ähnlichen Fällen bei Spiel und Wette.

Durch eine solche Vorschrift die rein bedingten Schuldversprechen nach dem, doch nur äußerlichen, Merkmal, ob die Bedingung in einem Verhalten des Versprechenden liegt oder nicht, zu scheiden, und in ihrer Wirksamkeit so grundverschieden zu behandeln, hatte der Gesetzgeber um so weniger Veranlassung, als eine solche Maßregel gänzlich außerhalb des Zwecks liegt, den er bei Schaffung der Norm unseres § 343 Absatz 2 verfolgte und der nach den Kommissions-Protokollen 2. Lesung*) — bekanntlich wurde der jetzige § 343 erst in dieser eingefügt — einzig und allein dahin ging, Umgehungen des in Absatz 1 statuierten Ermäßigungsrechts zu verhindern; denn eine Umgehung kann doch höchstens nur da in Frage kommen, wo das Vorhandensein eines Interesses des Stipulierenden die Vermutung nahelegt, daß es sich in dem betreffenden Falle bei dem Versprechen um die gleichen Zwecke handeln könne, wie sie eine wirkliche Vertragsstrafe verfolgt.

*) a. a. O. S. 786.

Durch alle bisherigen Betrachtungen finden wir also die dem von § 343 gebrauchten Ausdruck „Strafe" von Anfang an gegebene Deutung in dem Sinne bestätigt, daß, um es noch einmal hervorzuheben, die Grenze, die sich § 343 Absatz 2 nach der Seite der rein bedingten Versprechen hin zieht, dahin zu präzisieren ist, daß nur solche durch ein Verhalten des Versprechenden bedingte Versprechen umfaßt werden, die den Schutz eines Interesses des Versprechensempfängers an diesem Verhalten bezwecken, und daß ein solcher Zweck somit in jedem Falle wesentlich ist für die Ausdehnung der Norm des Absatzes 1 § 343 und seiner richterlichen Ermäßigungsbefugnis auf ein seiner eigentlichen Natur nach bedingt-selbständiges Versprechen.

Den Umfang jener Ausdehnung lassen zur Genüge die drei ersten Worte von § 343 Absatz 2 erkennen. Sie übertragen, wie bereits im Eingange angedeutet, die Bestimmungen des ersten Absatzes ihrem vollen Umfange nach — also auch die Direktiven über das „Wie" etwaiger Ermäßigung — auf die im Bisherigen gekennzeichneten selbständigen Strafversprechen.

Eine zusammenfassende Darstellung jener Bestimmungen dürfte darum neben einer Erörterung der an sie in Literatur und Praxis geknüpften Betrachtungen — bei ihrer Bedeutung auch hier — geboten erscheinen.

Man hat sich in der Kommission 2. Lesung dazu gedrängt gesehen, dem Richter eine Befugnis zur Ermäßigung überhoher Strafen zu erteilen*) — eine Befugnis, wie sie übrigens für ein beschränktes Gebiet bereits kraft § 4 des Gesetzes betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 bestand — weil man sich der Einsicht nicht verschließen konnte, daß erfahrungsgemäß auf dem Gebiet der Strafvereinbarung in hervorragendem Maße Antrieb und Neigung zum Eingehen besonders übermäßiger Verpflichtungen vorhanden ist, die, vom volkswirtschaftlichen Standpunkte aus betrachtet, in ihren Uebertreibungen nur schädlich wirken und eine Menge Existenzen vernichten können.

---

*) Ob die in § 343 geschaffene Norm rückwirkende Kraft auf vor dem Inkrafttreten des B. G. B. versprochene Strafen hat, ist eine umstrittene Frage. Vergl. einerseits (dafür) „Deutsche Juristenzeitung", Jahrgänge 1900, Seite 235, 1902 S. 228 (Urteile des O. L. G. Hamburg), andrerseits (dagegen) „Deutsche Juristenzeitung", Jahrgang 190 , S. 304 und „Recht", Jahrgang 1902, S. 208 (Urteile der O. L. G. Kassel bezw. Frankfurt a. M.). Desgl. siehe Scherer a. a. O. Erg.-Heft 1, S. 22 und schließlich Erg.-Heft 2, S. 31.

Andererseits unterliegt es allgemein keinem Zweifel und hat zu manchen Bedenken gegen die Einschaltung unseres § 343 Anlaß gegeben, daß die hier dem, sonst nur aus Gründen feststehenden Rechts entscheidenden, Richter erteilte Ermächtigung, aus Billigkeitsgründen im Einzelfalle hemmend einzugreifen in legitim erworbenes Recht und so durch Urteil modifizierend neues Recht zu schaffen, etwas ganz Abnormes hat und daß bei unvorsichtigem Gebrauch die verliehene Handhabe um so zweischneidiger werden kann, als sie dann vollständig Zweck und Nutzen einer Straffestsetzung vernichten, Vertragsuntreue fördern und damit jeder Strafvereinbarung den ihr für viele Fälle des Verkehrs eigenen Reiz gänzlich benehmen kann.*)

Man hat viel in der Kommission zweiter Lesung darüber debattiert, durch welche Einschränkungen man der in einer zu weiten Auffassung jenes Rechts liegenden Gefahr vorbeugen könne, ist aber zu dem Ergebnis gekommen, daß nach dieser Richtung hin jede feste Schranke niemals der Verschiedenartigkeit der Fälle gerecht werden und darum oft dem guten Zweck der ganzen Vorschrift nur schaden könne, und hat sich dieserhalb mit der unbestimmt gefaßten Direktive begnügt, der Richter habe jedes berechtigte Interesse, nicht nur das Vermögensinteresse, bei der Ermäßigung der Strafe zu berücksichtigen.

In dieser Direktive ist die Mahnung an den Richter zu möglichster Vorsicht bei Vornahme jeder Strafermäßigung so deutlich zum Ausdruck gebracht worden, als dies überhaupt geschehen konnte, ohne der im Prinzip für unentbehrlich gehaltenen Ermäßigungsbefugnis jede praktische Bedeutung zu nehmen.

Angesichts dieser Anweisung kommt jedes Affektionsinteresse, jedes ideale Interesse hier zur Geltung, soweit — und dies ist allerdings wieder eine erhebliche Modifikation — es irgend eine Berechtigung beanspruchen kann.

Vor allem nach der zuletzt angedeuteten Richtung hin erweist sich die Richtschnur für die Anwendung des Ermäßigungsrechts als nicht fest gezogen, und es dürfte wohl kaum gelingen, eine feste allemal zuverlässige Umgrenzung des Begriffs „berechtigtes Interesse" herzu-

*) Diese und andere Bedenken siehe u. a. bei Simon und bei Koffka a. a. O. Für den Handelsverkehr überwiegen diese Bedenken die Vorzüge des Ermäßigungsrechts dermaßen, daß das Handelsgesetzbuch sich veranlaßt sieht, die Herabsetzung aus § 343 B. G. B. in § 348 H. G. B. (in Verbindung mit § 351) bei den von einem Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochenen Vertragsstrafen gänzlich auszuschließen.

stellen, eine Umgrenzung, die Fälle des Zweifels hier ausgeschlossen erscheinen ließe. Eben weil hier auch Nichtvermögensinteressen in Frage kommen können, und so auch die subjektive Anschauung, die ja auch die Kommissionsprotokolle a. a. O. betonen, im Prinzip zu berücksichtigen ist, werden Entscheidungen nicht immer in analogen Fällen gleichmäßig ausfallen. Wird sich doch oft darüber streiten lassen, wo jene prinzipiell als berechtigt anerkannte subjektive Anschauung in ihre der Berechtigung entbehrenden (Kommissionsprotokolle a. a. O.) Extreme „absonderliche Laune" und „Phantasterei" auszuarten beginnt.

Der Ausdruck „berechtigtes Interesse" selbst ist allerdings nicht neu. Wir finden ihn bereits in § 193 St. G. B. und weiterhin im „Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs" § 6 Absatz 2 vor. In gewissem Sinne können wir darum die Auslegung berücksichtigen, die er dort gefunden hat. Doch beseitigt auch dies hier nicht die Schwierigkeit einer genauen Begriffsbestimmung.

Einerseits haben ja auch in der Auslegung jener Normen Literatur und Praxis vielfach geschwankt*), namentlich ist dies hinsichtlich der Beantwortung der Frage zu sagen, inwieweit fremde Interessen als berechtigt für jemanden anzusehen sind.

Sodann wird auch, wie Fuld — a. a. O. im Sächs. Arch. — hervorhebt, eine gewisse Vorsicht bei der Verwertung jener Erörterungen geboten sein, „da es sich in beiden (vorerwähnten) Gesetzen um eine Anwendung des Begriffs auf strafrechtliches Gebiet handelt, hier aber lediglich die zivilrechtliche Beziehung in Betracht kommt."

Meines Erachtens wird der von Fuld hier angedeutete Gesichtspunkt, da, wo er zur Geltung kommt, durchweg nur im Sinne einer noch weiteren Ausdehnung des Begriffs für unseren § 343 durchgreifen. Steht dort, in jenen Strafnormen, immer der Berechtigung des Interesses als, wenn auch oft noch so geringes, Gegengewicht, das ebenfalls sittlich berechtigte Interesse dessen gegenüber, den die Strafnorm schützen will**), so fehlt es hier in § 343, dem berechtigten Interesse des Stipulierenden gegenüber an einem Gegengewicht von gleicher Bedeutung, es zieht darum hier auch gegenüber den bloßen Utilitätsrücksichten des Ermäßigungsrechts wohl leichter als dort gegen ein durch Strafnorm anerkanntes Gegeninteresse.

*) Siehe Fuld, Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs a. a. O.

**) Vergl. die bei Fuld zitierte Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. IX, S. 395.

Mit dieser Maßgabe wird auch die Ausübung des in § 343 statuierten Ermäßigungsrechts eine verständige und billige Beurteilung der Verhältnisse und Anforderungen des Lebens*) die richtigen Grenzen des Begriffs „Interesseberechtigung" zu finden haben. Insbesondere werden demnach auch fremde Interessen, sofern für den Stipulierenden nur irgend ein sittliches Motiv zu ihrer Wahrung vorhanden ist**), zu berechtigten Interessen desselben im Sinne des § 343.

Da, wie wir aus dem Gesagten zur Genüge ersehen, die Frage, ob ein Interesse berechtigt ist, ganz unabhängig davon ist, ob es bereits vom Rechte ohnehin durch Schutz anerkannt, rechtlich begründet, ist, so — und damit erhalten jene Erörterungen auch für unsere Betrachtung ihrem vollen Inhalte nach ihren Wert — ergiebt sich daraus von selbst, daß es für die Prüfung der Berechtigung grundsätzlich unerheblich ist, ob in concreto die Strafe eine wahre Vertragsstrafe darstellt oder als selbständiges Strafversprechen unter unserm § 343 Absatz 2 rangiert.

Ein gleich großes Feld, wie die Interesseberechtigung, wird in Fällen, wo Nichtvermögensinteressen zu berücksichtigen sind, die Interesseschätzung dem Ermessen des Richters bieten. Nicht selten wird seine Aufgabe hier sogar noch weit schwieriger sein; kann doch oft für die Bewertung solchen Interesses, bei dem, wie erwähnt, auch die subjektive Anschauung bis zu einem bestimmten Punkte mitspricht, in gewissem Sinne die ganze individuelle Eigenart, vor allem das Maß der — schutzwürdigen — körperlichen oder seelischen Empfindsamkeit des Betreffenden maßgebend sein.

Wer schätzt nun beispielsweise mit auch nur annähernder Sicherheit in Geld das Interesse, das ein ans Bett gefesselter Nervenleidender daran hat, den schrillen Pfiff einer benachbarten Fabrik nicht täglich mehrmals anhören zu müssen, selbst wenn der Arzt über den Grad der

*) cfr. Fuld, Ges. z. B. d. unl. Wettb. a. a. O. und die dort zitierte Abhandlung von Bülow „Ueber den Schutz der Ehre und das Recht freier Meinungsäußerung", Gerichtssaal Bd. 46, S. 261—298.

**) also fremde Interessen im weitesten bisher in Frage kommenden Sinne trotz der in dieser Beziehung in der Auslegung des vorerwähnten Gesetzes herrschenden Uneinigkeit, denn die Rücksicht auf das Gegeninteresse des Verletzten, die dort für die bei Fuld a. a. O. zitierte Reichsgerichtsentscheidung (siehe oben) dafür maßgebend war, den Begriff „berechtigtes Interesse" einzuengen, findet hier, wie bereits gestreift, kein gleichwertiges Analogon.

Nervenzerrüttung und der Schädlichkeit der fortgesetzten Nervenerschütterung durch jene Pfiffe einigermaßen Aufschluß gibt.

Gerade in solchen Fällen, wo eine genügend hohe Strafvereinbarung im Hinblick auf § 253 B. G. B. die einzige einigermaßen sicher wirkende Abhilfe bieten kann, wäre eine Unterschätzung des vorhandenen Interesses besonders unheilvoll.

Von vornherein wird demnach, besonders in solchen Fällen, wo immaterielle Güter wie Gesundheit, Ehre und dergleichen als interesseerhöhend zu beachten sind, der Richter wohl stets von der Vermutung auszugehen haben, daß die vereinbarte Höhe dem wahren Interesse entspricht. Erst wenn es dem Strafschuldner — dieser ist ja überhaupt stets und in vollem Umfange für die Voraussetzungen des § 343 beweispflichtig, dessen Schutz er genießen will — nachzuweisen gelingt, daß die Strafe tatsächlich das Interesse offensichtlich in nennenswerter Weise übersteigt, wird der Richter sich, um mit den Kommissionsprotokollen zu reden, zu „vorsichtiger Handhabung" des Ermäßigungsrechts entschließen können.

Diese Vermutung, daß das Interesse tatsächlich nicht überschritten ist, wird im allgemeinen noch größere Wahrscheinlichkeit als bei der Vertragsstrafe dann haben, wenn ein selbständiges Strafversprechen des § 343 Abs. 2 in Frage kommt, vorausgesetzt natürlich, daß es sich um keine verkappte Vertragsstrafe handelt, bei der also bereits eine gewisse Abhängigkeit des Schuldners vorliegt: Es war bei Eingehung eines solchen selbständigen Strafversprechens ja in der Regel weit weniger Anlaß für den Versprechenden vorhanden, das gegnerische Interesse durch die Strafhöhe zu überschreiten; es fehlt doch hier in erster Reihe die Härte des Gläubigerdrucks, sodann wird auch die Ueberschätzung eigenen Könnens, die Unterschätzung der entgegenstehenden Schwierigkeiten in der Regel nicht so groß gewesen sein als bei einer Vertragsstrafe, wo die Aussicht auf den möglichen Gewinn aus dem Hauptvertrage allzu leicht dazu beiträgt, den Schuldner optimistisch und waghalsig zu machen.

Freien Spielraum läßt das Gesetz dem Richter auch für die Wahl des Zeitpunktes, der für die Prüfung der Angemessenheit der Strafe maßgebend sein soll.

Daß daher gegebenenfalls jeder der drei in Frage kommenden Zeitpunkte — der Augenblick der Strafvereinbarung, der des Strafverfalls und der des Urteils — für den Richter bei der Beurteilung der Billigkeit oder Unbilligkeit in gewissem Grade Bedeutung gewinnen kann — so beispielsweise dadurch, daß inzwischen eine Steigerung oder Verminderung des Interesses von einer oder der anderen

Partei verursacht ist —, kann keinem Zweifel unterliegen und wird auch allgemein anerkannt. Welcher der Momente aber prinzipiell den Ausschlag zu geben hat, darüber ist man sich nicht ganz einig. Planck a. a. O. und mit ihm die Mehrzahl derer, die sich zu dieser Frage äußern*), entscheidet sich für den des Urteils, während Fuld (a. a. O. im Sächs. Arch.) und Matthiaß a. a. O. dem der Strafverwirkung den Hauptwert beimessen.

Ich möchte der von Planck vertretenen Ansicht beitreten:

Das Urteil hat ja hier ohnehin nicht das vertragsgemäß aus dem Verfall herzuleitende Recht zu deklarieren, sondern aus Zweckmäßigkeitsgründen „konstitutiv" neues Recht zu schaffen**), und es ist darum das Natürlichste und den allgemeinen Billigkeitsrücksichten der Vorschrift Entsprechende, daß bei Schaffung dieses Rechts vor allem die gegenwärtige Sachlage als maßgebend anzusehen ist. Führt Fuld gegen diese Ansicht den Hinweis ins Feld, sie führe insofern zu unbilligen Konsequenzen, als danach der Schuldner mit den durch den Ermäßigungsantrag entstandenen Kosten belastet würde, wenn das zur Zeit der Antragstellung tatsächlich erheblich geringere Interesse zur Zeit des Urteils die Höhe der Strafe rechtfertigt, so ist zu bemerken, daß gerade in einem solchen Fall die Konsequenz von Fulds entgegengesetzter Auffassung unbillig wäre:

Mit weit mehr Recht als bei dem von Fuld getadelten Ergebnis Plancks der Schuldner, der die Kosten zu tragen hat, die sein Antrag verursacht — zum mindesten hat derselbe die auch zu berücksichtigende (cfr. Komm. Prot. u. Planck a. a. O.) mögliche Höhe des Interesses bei Antragsstellung nicht in Betracht gezogen —, könnte sich hier der Gläubiger benachteiligt fühlen, dem eine vertraglich in schließlich doch angemessener Höhe vereinbarte Sicherheit aus der Hand genommen würde.

Zu Unzuträglichkeiten und Widersprüchen mit dem Ergebnis der Fuldschen Ansicht in diesem Falle führte auch die dem Gläubiger unter Umständen nach § 340 Absatz 2 Satz 2 zustehende Möglichkeit,

*) So z. B. Schollmeyer a. a. O., Dernberg a. a. O., Mayring in Staudinger's Kommentar a. a. O. Desgl. Crome a. a. O. S. 216, Schöntag a. a. O. S. 22.

**) Dies bestreitet gegen Planck und Schollmeyer a. a. O. Hölder a. a. O. Es handle sich hier um ein Anfechtungsrecht, um eine Verneinung des Vertrages als eines kraft des Vertrages geschuldeten. Mit dieser Ansicht läßt sich m. E. das Wort „kann" in § 343, dessen Bedeutung später noch zu würdigen ist, nicht in Einklang bringen.

die vom Richter nicht berücksichtigte Differenz nachzufordern*), wobei er aber — und auch dies sollte die vertragliche Strafhöhe verhüten — den Interessennachweis seinerseits führen müßte. Oder sollte trotz der klaren Vorschrift des § 340 Absatz 2 der Richter mit seiner Ermäßigung unter die Interessehöhe hier doch das letzte Wort gesprochen haben?

Zu betonen ist gerade gegenüber der Neigung zu allzu ängstlicher Rücksichtnahme auf den Schuldner, die meines Erachtens Fuld im Laufe seiner soeben erörterten Polemik gegen die Planckesche Ansicht zu sehr an den Tag legt, der Gegensatz zweier Worte in der Fassung von § 343. Die unverhältnismäßig hohe Strafe „kann" ermäßigt werden. Hierbei aber „ist" jedes berechtigte Interesse zu berücksichtigen. Nach der einen Seite hat der Richter in seinem Ermessen freie Hand, nach der anderen besteht der Spielraum nur, wie wir sehen, in der Weite seiner Auslegung und Auffassung.

Damit ist in den Fällen, wo trotz sorgfältiger Prüfung der Richter im Zweifel ist, ob die Strafhöhe angemessen ist oder nicht, neben der Tatsache, daß der Schuldner das Uebermaß der Strafe darzutun hat, ein weiteres Moment vorhanden, das für ihn zu ungunsten einer Ermäßigung den Ausschlag geben muß.

Welche einzelnen Gesichtspunkte da, wo die Strafhöhe tatsächlich das Interesse überschreitet, dem Richter dafür maßgebend sind, ob er von dem „Können", der freien Befugnis aus § 343, Gebrauch machen will, wird des näheren die jeweilige Sachlage ergeben müssen.

Als gegebenenfalls in Frage kommend führen beispielsweise die Kommissionsprotokolle neben der bereits erwähnten Verschiedenheit der Interessen des Gläubigers zu den in Betracht kommenden Zeiten, der Höhe des möglichen und des wirklichen Schadens noch die wirtschaftliche Lage beider Teile**) und den Grad des Verschuldens des Schuldners an.

Weiterhin verdienen — und finden auch verschiedenenorts — Berücksichtigung noch die Fragen, ob und inwieweit der Versprechensempfänger sein Interesse zu hoch angegeben, welchen Grad des Verschuldens er dabei entwickelt hat, ob dem Schuldner durch die Nichterfüllung anderweit Vorteil entstanden ist und anderes mehr.

---

*) cfr. auch Deus a. a. O. S. 35.

**) Daß die Vermögenslage des Schuldners zu berücksichtigen ist, verneint allein Dernburg; für Berücksichtigung derselben u. a. Crome, Deus und Schmidt a. a. O. a. a. O.

Stets wird aber, ähnlich wie der Gesetzgeber generell, der Richter in jedem Einzelfall, ehe er zur Ermäßigung schreitet, sich zu vergegenwärtigen haben, daß eine zu sehr ausgedehnte Auffassung von seiner Befugnis nicht nur in concreto der Billigkeit entbehrt, sondern auch weit über den einzelnen Fall hinaus das Vertrauen in die bindende Kraft und damit den Glauben an die Zweckmäßigkeit jeder Strafvereinbarung erheblich erschüttern kann. Dem entspricht es nur, wenn auch bereits in der Praxis die von den Kommissionsprotokollen erwartete Vorsicht in der Ausübung des Ermäßigungsrechts zur Geltung kommt.

Sie zeigt beispielsweise die Entscheidung nachstehenden Falls durch das Oberlandesgericht Dresden*). Dort hatte das erste Variété einer Stadt mit einem Künstler bei dessen Engagement vereinbart, er dürfe binnen Jahresfrist im Umkreise von drei Meilen nicht öffentlich auftreten, und es war für den Fall des Zuwiderhandelns eine Vertragsstrafe von 600 M. festgesetzt worden. Dieselbe wurde dadurch, daß der Künstler in einem Variété zweiten Ranges in derselben Stadt auftrat, verwirkt und ihre Ermäßigung vom Künstler mit dem Hinweis darauf beantragt, daß durch sein Auftreten im Konkurrenzlokal sein Gegner keinen Schaden erlitten habe, da sein Lokal an jenem Abend ebenso viel Zuspruch als sonst gehabt habe.

Das Gericht erkannte zwar an, daß die Strafe bei dem Durchschnittseinkommen allerdings den Schuldner hart treffe, daß auch möglicherweise durch den Vertragsbruch kein direkter Schaden entstanden sei, ermäßigte aber trotzdem die Vertragsstrafe nicht, weil nach dieser Richtung ein Einnahmeausfall an dem betreffenden Abend nicht nötig sei, vielmehr habe durch die Vertragsstrafe ein schutzwürdiges Interesse des Variété-Inhabers gesichert werden sollen, das darin bestanden habe, daß in seinem erstklassigen Variété dauernd nur Leistungen geboten würden, wie sie die minderwertigen Konkurrenz-Variétés nicht zu bieten vermöchten. Dieses Interesse könne sehr gut der festgesetzten Strafhöhe gleichwertig sein; das Gegenteil habe der Schuldner nachzuweisen gehabt.

Des ferneren bei etwaiger Ermäßigung zu beachten ist — das betont auch in seiner Begründung ein weiteres Urteil - -, daß die Vertragsstrafe nicht nur Interessedeckung, sondern auch Zwangsmittel ist. Vgl. das Recht 1903 S. 17 Z. 12 (Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M.).

*) Urteil vom 14. Juli 19..1, siehe Falkmann u. Mugdan a. a. O.

Eine gewisse Schwierigkeit bietet der Anwendung des richterlichen Ermäßigungsrechts der Fall, wo eine nicht in Geld bestehende Strafe, die zu hoch ist, sich in ihrer Art nicht mindern läßt.

Schollmeyer a. a. O. meint, einer so gearteten Strafe gegenüber bestehe kein Ermäßigungsrecht.

Ließe man diese Ansicht gelten, so könnte in jedem Falle der Stipulierende der drohenden Strafermäßigung einfach dadurch entgehen, daß er sich eine Spezies als Strafe versprechen ließe.

Es ist nun aber doch ganz zweifellos, daß das richterliche Ermäßigungsrecht des § 343 Absatz 1 allgemein auch bei der im vorausgehenden Paragraphen, § 342, berücksichtigten Gruppe, den Vertragsstrafen, die in anderen Leistungen als Geld bestehen, Platz greift, und daß auch Absatz 2 von der Art der Strafe gänzlich absieht.

Es unterliegt ferner, wie allgemein — auch von Schollmeyer a. a. O. Anmerkung 4 — anerkannt wird, nach dem ganzen Inhalt und Zweck der Norm keiner Frage, daß ihr die Tendenz innewohnt, das Ermäßigungsrecht zuwiderlaufenden Parteiabmachungen vor*) der Strafverwirkung unzugänglich zu machen**), eine Tendenz, die durch das in der Hinzufügung von Absatz 2 zum Ausdruck kommende Bemühen, jede Umgehung zu verhindern, noch klarer zu Tage tritt.

Demgemäß entspricht ein Durchgreifen des Ermäßigungsrechts in jedem Falle, also auch in dem hier in Frage stehenden, nur der in § 343 gegebenen Vorschrift.

Eine Herabsetzung kann jedoch hier nur in der Weise stattfinden, daß das angemessen erscheinende Strafmaß in Geld normiert wird***).

Ausgeschlossen hat das Gesetz jede Strafherabsetzung nach Entrichtung der Strafe.

Unter „Entrichtung" der Strafe ist selbstverständlich volle Entrichtung, in ihrer ganzen Höhe, zu verstehen. Steht noch ein Teil aus, so unterliegt derselbe — unter Umständen seinem vollen Betrage nach — dem richterlichen Ermäßigungsrecht.

*) Nach der Strafverwirkung steht einem wirksamen Verzicht des Schuldners auf Ermäßigung natürlich nichts im Wege (cfr. Staub a. a. O. S. 1068, Anm. 28).

**) Diese Tendenz ist umso mehr anzunehmen, als auch, wie u. a. Fuld a. a. O. in Bd 9 S. A. zutreffend betont, das Handelsgesetzbuch am Schlusse von § 75 mit dem ganzen Inhalt von § 74 und § 75 auch unser richterliches Herabsetzungsrecht bei den sog. Konkurrenzklauseln zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen (und -Lehrlingen § 76) zwingendes Recht sein läßt und somit seinen Zwangscharakter anerkennt.

***) cfr. Mayring in Staudinger's Kommentar a. a. O. Desgl. Schöntag a. a. O.

Das steht nur im Einklang mit dem sowohl in der Denkschrift (S. 78) als auch in den Kommissions-Protokollen a. a. O. hervorgehobenen Grund dieser Bestimmung, der in der Annahme zu suchen ist, daß bei freiwilliger Zahlung ein allzu großes Uebermaß wohl nicht bestanden hat.

Diesen in der Norm steckenden Gesichtspunkt wird man sich überhaupt bei ihrer Auslegung gegenwärtig zu halten haben; so insbesondere ist mit Schollmeyer a. a. O. aus ihm zu folgern, daß eine Zahlung unter Vorbehalt späterer Herabsetzung einem Ermäßigungsrecht nicht entgegensteht, denn sie ist in Wahrheit keine freiwillige unbedingte Entrichtung.

Nur wird man meines Erachtens, um auf der anderen Seite den Zweck der Vorschrift — im „Interesse der Rechtssicherheit" (Kommissions-Protokolle) die Frage der Ermäßigung nicht unnötig lange in der Schwebe zu halten — nicht ganz zu ignorieren, einen solchen Vorbehalt nur mit der Maßgabe als wirksam anerkennen können, daß der Strafschuldner unverzüglich — wie das B. G. B. sonst zu sagen pflegt — d. h. ohne schuldhaftes Zögern nunmehr den Antrag auf Herabsetzung stellt.

Von einer „Entrichtung" wird man auch sprechen können, wenn der Schuldner auf andere Art als durch wirkliche Strafleistung das Erlöschen des Strafschuldverhältnisses herbeiführt.

Dahin wird mit Staub a. a. O. die angenommene Hingabe an Erfüllungsstatt (§ 364 Absatz 1), berechtigte Hinterlegung und die Aufrechnungserklärung*) zu rechnen sein. Diese letztere kann nach meiner Ansicht jedoch nur, wenn sie vom Schuldner ausgeht, dem Ausdruck „Entrichtung" gerecht werden und den erforderlichen Charakter der Freiwilligkeit tragen.

Dagegen beendigt nicht das Schuldverhältnis, ist also keine Entrichtung, die bloße Hingabe einer Anweisung, eines Wechsels oder eines Schuldanerkenntnisses nach § 781 (cfr. Staub a. a. O., der unter anderem für das Schuldanerkenntnis darauf hinweist, daß seine Bezeichnung als „Leistung" in § 812 Absatz 2 nur im Sinne der Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung zu verstehen und darum gegenüber § 364 Absatz 2 belanglos ist).

Der Umstand, daß die Ermäßigung durch Urteil zu erfolgen hat, läßt uns die Art und Weise erkennen, wie der darauf gehende Antrag des Schuldners geltend zu machen ist. Es ist hierzu im Hinblick auf § 322 C. P. O. als notwendige Basis also für ein der Rechtskraft fähiges Urteil — eine Klage oder Widerklage erforderlich (cfr. Max-

*) A. M. Geiershöfer a. a. O. S. 54.

cus a. a. O., Mayring in Staudingers Kommentar a. a. O., Scholl-meyer a. a. O., Schöntag a. a. O.; anderer Meinung Dernburg a. a. O., Oertmann, Kommentar zum II. Buch ad h § Nr. 3, ebenso Crome-Schmidt, Billmann, Goldmann-Lilienthal a. a. O. a. a. O., die den Antrag auch als Einrede gelten lassen wollen*).

Erkennt man diese Notwendigkeit einer formellen Klage bezw. Widerklage an, so kommt man gegen Fuld (a. a. O. im Sächs. Arch.) zu der weiteren Konsequenz, daß der Ermäßigungsantrag nicht erst erhoben werden darf, wenn über die Strafobligation in der Berufungsinstanz verhandelt wird:

Ist doch in der Berufungsinstanz durch § 529 C. P. O. die Erhebung neuer Ansprüche ohne Einwilligung des Gegners ausgeschlossen, eine Vorschrift, die, wie in Uebereinstimmung mit hervorragenden Autoritäten auf dem Gebiete des Zivilprozeßrechts das Reichsgericht (V C. S. 10. November 1900, cfr. Juristische Wochenschrift Seite 874 Absatz 9) entschieden hat, als neuen Anspruch auch die Widerklage ergreift.

Von Interesse ist noch das Verhältnis unseres § 343 und seines richterlichen Ermäßigungsrechts zu der Norm des § 138 B. G. B. und dem dort aufgestellten Prinzip der guten Sitten.

Nicht jeder Strafvertrag mit unverhältnismäßig hoher Strafe braucht deshalb unmoralisch zu sein, im Sinne des § 138 gegen die guten Sitten zu verstoßen. Oft wird ja die mögliche Höhe des Interesses zur Zeit des Strafversprechens noch gar nicht zu übersehen sein, und nicht gerade selten wird auch sonst — besonders bei dem an sich schwer schätzbaren Affektionsinteresse — der Stipulierende in gutem Glauben, weil doch immer nur Partei, sein Interesse allzu subjektiv und darum höher einschätzen, als der kritischer und darum billiger urteilende Richter unter sorgfältiger Prüfung des Maßes der Berechtigung seinen Wert bemessen kann.

In Fällen dieser Art kann wohl § 138 nicht in Betracht kommen**).

*) Desgl. siehe das in „Recht 1902", S. 208, Z. 964 angeführte Urteil des Kammergerichts („Ermäßigung kann nach Erhebung der Klage auf Zahlung beantragt werden").

**) In diesem Sinne spricht sich u. a. Hölder a. a. O. dafür aus, daß das Ausbedingen zu hoher Vertragsstrafen zu häufig vorkomme, um mit der Sitte des Lebens prinzipiell in Gegensatz zu stehen. Auch wird nach Ansicht des Reichsgerichts (Scherer a. a. O. Erg.-Heft 1, S. 68) eine an sich übermäßige Vertragsstrafe dadurch ihres unsittlichen Charakters entkleidet, daß man sich dieselbe nicht in Erwartung ihrer Verwirkung, sondern nur als Zwangsmittel ausbedingt.

Läßt aber tatsächlich einmal infolge allzu unverhältnismäßiger Höhe eines Strafversprechens ein gegen die guten Sitten verstoßender wucherischer Druck — beachtenswert ist hier auch, daß zu dem Begriff des Wuchers nach § 138 Absatz 2 noch subjektive Momente, Notlage, Leichtsinn oder Unerfahrenheit, erforderlich sind (cfr. Hellfron a. a. O.) — dasselbe unmoralisch im Sinne von § 138 erscheinen, so entsteht die Frage, ob § 138 hier unsern § 343 ausschließt oder umgekehrt, ob der ganze Vertrag also nichtig ist, oder ob die allzu hohe Strafe nur wie sonst der richterlichen Herabsetzungsbefugnis unterliegt.

Nicht unbedenklich zum mindesten wäre die Entscheidung zu ungunsten des § 343, wenn es sich in diesem um ein Recht des Strafschuldners*) auf Ermäßigung jeder zu hohen Strafe handelte; denn dann könnte man wohl sagen, für den speziellen Fall eines allzu hohen Strafversprechens sei § 138 auch da, wo seine Kriterien vorlägen, durch eine andere positive Spezialbestimmung ersetzt und ausgeschaltet; käme doch bei genauerer Betrachtung auch kein unmoralischer Zwang durch zu große Strafhöhe in Frage, wenn der Schuldner stets ein Recht auf angemessene Reduktion hätte.

Bei der tatsächlichen Konstruktion des Ermäßigungsrechts jedoch steht es wohl außer Frage, daß dieses lediglich dem Ermessen des Richters anheimgestellte Recht nicht als abschwächender Ersatz des nach § 138 in seiner nichtigmachenden Wirkung über dem Richter stehenden Prinzips der guten Sitten betrachtet werden kann.

Es greift also bei bedingten Strafversprechen — selbständigen und unselbständigen — nicht nur dann, wenn solche durch die Art der Bedingung und die gesamte Sachlage selbst**) gegen die guten Sitten verstoßen, § 138 ein, er macht — den § 343 außer Anwendung setzend — ein Strafversprechen auch dann nichtig, wenn allein die Strafhöhe einen wucherischen — allerdings dann, wie bereits angedeutet, Leichtsinn, Unerfahrenheit oder Notlage des Versprechenden voraussetzenden — Verstoß begründet***).

Das ist auch insofern von Bedeutung, als bei einem nichtigen Vertrage es ganz unwesentlich ist, ob eine Zahlung der Strafe bereits

*) Wie in bereits angedeuteter Weise Hölder a. a. O. (Anfechtungsrecht) annimmt.

**) cfr. Scherer a. a. O. Erg.-Heft S. 68.

***) Dies wird allgemein anerkannt. So z. B. Fuld a. a. O. im Sächs. Arch., Planck a. a. O. Note I zu § 343 und andere.

stattgefunden hat oder nicht, insofern als die gezahlte Strafe stets als ungerechtfertigte Bereicherung*) zurückverlangt werden kann.

Prüfen wir nun, ob nur das erörterte Ermäßigungsrecht unsere Versprechen von den rein bedingten scheidet. Betrachten wir lediglich den Wortlaut des § 343 Absatz 2 in Verbindung mit seiner Stellung innerhalb der in Frage kommenden Normen, so weist uns der enge Anschluß an das — in demselben Paragraphen statuierte — Ermäßigungsrecht, zunächst wohl darauf hin, daß die Worte „das Gleiche" nur auf den Inhalt des Absatz 1, auf das dort statuierte Ermäßigungsrecht, Bezug nehmen, zumal wenn wir in Vergleich hiermit die selbständige Stellung ziehen, welche die wirklich eine generelle Erweiterung enthaltende Bestimmung in § 342 einnimmt.

Auch der aus den Kommissions-Protokollen ersichtliche, bereits berührte Zweck der Einschaltung der Norm von § 343 Absatz 2, wonach sie lediglich die Tendenz des Absatz 1 wahren, das Ermäßigungsrecht vor Umgehungen sichern sollte, zwingt zu der Annahme, daß man eine analoge Behandlung unseres selbständigen Strafversprechens mit der Vertragsstrafe bei jener Einschaltung nicht im Auge hatte.

Gleichwohl ist in der Wissenschaft mehrfach die Ansicht vertreten, daß eine solche tatsächlich anzunehmen ist und sich auf die Vorschrift von § 133 B. G. B. gründet.

Jene Vorschrift des § 133 lautet:

Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.

Leist**) meint nun, daran anknüpfend, der Wille sei, wenn man an bestimmtes Verhalten die Verpflichtung zu einer Leistung geknüpft habe, stets ganz der nämliche, unabhängig davon, ob dasselbe einer rechtlichen Verpflichtung zuwiderlaufe oder keine Verbindlichkeit berühre. Dieses Argument Leists ist meines Erachtens einleuchtend, soweit es für unsere Betrachtungen in Frage kommt, soweit Leist also die selbständigen Strafversprechen unseres § 343 Absatz 2 der Vertragsstrafvereinbarung als von analogem Willen beherrscht und darum auch analoger Behandlung unterliegend gegenüberstellt.

Ueber diese Grenze hinaus aber, in Fällen, wo das ausschlaggebende Verhalten zu dem Interesse des Stipulierenden in keiner Beziehung steht, dürfte eine Gleichheit der Ziele mit denen einer Vertragsstrafe nicht so gänzlich vorliegen. Wir können uns doch wohl nicht über das Fehlen des in dem ganzen Wesen der Vertragsstrafe

*) § 812 B. G. B.

**) a. a. O. S. 27 f.

so stark hervortretenden, und darum für den Willen bei ihrer Vereinbarung so charakteristischen Doppelzwecks, Interesseschutz und Interessebewertung, hinwegsetzen.

Nur bei unserm selbständigen Strafversprechen ist in der Interessebewertung tatsächlich derselbe wirtschaftliche Erfolg gewollt, nur hier geht auch der Wille darauf, indirekt Zwang als wirksamen Interesseschutz auszuüben.

Leist folgert mittels seiner eben wiedergegebenen Betrachtung expressis verbis zunächst lediglich die analoge Verwendbarkeit der Norm von § 344, da diese ihn zufällig allein bei seiner ein anderes Gebiet betreffenden Abhandlung interessiert.

Das heißt also: Ist eine Handlung bezw. Unterlassung der Art, daß das Gesetz eine direkte Verpflichtung dazu für unwirksam erklärt, so kann auch ein Strafversprechen im Sinne von § 343 Absatz 2 ein solches Verhalten — oder vielmehr sein Gegenteil — nicht für den Strafverfall entscheidend sein lassen.

Ein Streitpunkt ist in der Wissenschaft die Frage, wie weit man den Kreis der Versprechen zu bemessen hat, die im Sinne von § 344 vom Gesetz „für unwirksam erklärt" sind.

Während manche*) annehmen, daß hierunter jedes Versprechen fällt, dem die Klagbarkeit ermangelt, berufen sich — meines Erachtens mit Recht — andere**) auf den Text im Eingange von § 344 dafür, daß durch diese Vorschrift lediglich diejenigen Versprechen getroffen werden, deren völlige rechtliche Unwirksamkeit durch gesetzliche Spezialbestimmungen festgestellt ist, wie die des § 134, des § 138 B. G. B. und die Spezialnormen, die bezüglich gewisser Leistungsversprechen bestimmte Erfordernisse in der Form zur Gültigkeit vorschreiben***). Dieser Streit berührt bei dem erwähnten Interesse, das § 344 mit seiner Norm auch für unsere Strafversprechen hat, auch unser Gebiet insofern, als auch für eine Strafe im Sinne von § 343 Absatz 2 manchmal ein Verhalten kausal gemacht wird, welchem seiner Natur nach das Recht zwar nicht ungünstig, jedoch dermaßen gleichgültig gegenübersteht, daß wir lediglich von einer sozialen Verpflichtung dazu reden können.

*) So beispielsweise Cosack a. a. O., Endemann a. a. O.

**) So z. B. Oertmann a. a. O., Dernburg a. a. O., Crome a. a. O S. 212.

***) Auch solche Formvorschriften können also von unsern Strafversprechen nicht umgangen werden.

Auf derartige Versprechen des gesellschaftlichen Lebens paßt meiner Ansicht nach der Ausdruck „erklärt" zu Anfang von § 344 sicherlich nicht; werden sie doch vom Gesetz überhaupt nicht erwähnt und es wäre wohl zum mindesten sehr gezwungen, hierin eine „Erklärung" des Gesetzes zu sehen.

Demgemäß steht prinzipiell der Hereinziehung derartiger lediglich sozialer Verpflichtungen in unsere Strafversprechen nichts im Wege. Allerdings wird dabei nicht selten der bereits mehrfach — und auch als für § 344 maßgebend — erwähnte § 138 zu beachten sein, insonderheit, weil gerade in jenen, von direktem Rechtszwange unberührten, Verhältnissen geselligen Lebens das allgemeine sittliche Empfinden auch dem indirekten Zwang gegenüber, wo er — vorzugsweise durch Stärke und Dauer — einen gewissen Punkt in der Beeinflussung der individuellen Freiheit überschreitet, besonders leicht reagieren und einen Verstoß gegen die guten Sitten annehmen wird.

Die Grenze dieser Zulässigkeit wird naturgemäß in jedem einzelnen Falle besonders festzustellen sein, wenngleich das allgemeine Kriterium von Kohler (a. a. O. S. 25), der das Strafversprechen für einen bestimmten individuellen Fall der gedachten Art einer generellen Strafverbindung gegenüberstellt — auch meiner Ansicht nach — in vielen Fällen uns eine brauchbare Richtschnur bieten dürfte.

Die im Vorigen mit ihren Konsequenzen ausgeführte analoge Geltung des § 344 für unsere Strafversprechen wird auch von anderen — ohne Heranziehung von § 133, aus allgemeinen Erwägungen heraus — anerkannt. (So Mayring in Staudingers Kommentar a. a. O., so auch bezüglich der erwähnten Formvorschriften Dernburg a. a. O.)

Weiter geht in der Verwertung der mit Hilfe von § 133 zu ziehenden Schlüsse Matthiaß a. a. O., indem er mittels dieses Paragraphen die völlige Gleichstellung unseres Strafversprechens mit dem der Vertragsstrafe folgert*).

In der Tat ist auch meines Erachtens diese Konsequenz nicht von der Hand zu weisen, wenn man, überhaupt die — wohl nicht wegzuleugnende — Tatsache anerkennt, daß der Wille hier in gleicher Weise auf Interesseschutz und Interessebewertung gerichtet ist, demnach auf dasselbe herauskommt wie beim Vertragsstrafversprechen.

*) Eine solche allgemeine Gleichstellung nimmt auch Kohler a. a. O. an. Auch Leist a. a. O. spricht sie wohl nur nicht direkt aus.

Offensichtlich besteht die Analogie aber nur mit dem Vertragsstrafversprechen selbst, und das ist von Wichtigkeit; denn damit scheiden, wie ja naturgemäß, von vornherein als hier nicht in Frage kommend, die Paragraphen aus, die allein auf die Hauptverbindlichkeit Bezug haben und den modifizierenden Einfluß des Strafversprechens auf ihre sonstigen Wirkungen regeln, die §§ 340, 341.

Auch die — ja dispositiven — Normen, mit denen § 339 für die Frage der Verfallsvoraussetzungen auf die Hauptverbindlichkeit zurückgreift und den Verzug mit dieser bestimmend sein läßt, werden hier, wo das accessorische Moment, und damit die Möglichkeit eines solchen Zurückgreifens auf den Grad der Empfindlichkeit einer Hauptverpflichtung wegfällt, dadurch ausgeschlossen, daß sich aus dem Strafversprechen selbst die Notwendigkeit oder Unwesentlichkeit eines Verschuldens — je nachdem davon die Rede ist oder nicht — direkt ergibt.

Angesichts dieser Erwägungen kommt, da ferner die Vorschrift des § 342 ihre Besonderheit nur im Hinblick auf die eigentliche Vertragsstrafe — mit Rücksicht auf den in § 339 gebrauchten Ausdruck „Geldsumme" — hat, sich aber bei selbständigen Strafversprechen wegen der Fassung von § 241 B. G. B. von selbst versteht, für diese in Wirklichkeit nur noch § 345 und die daselbst getroffene Beweisregelung in Betracht.

Der letztgenannte Paragraph ist denn auch, gleich dem besprochenen, ihm vorangehenden, auf unsere Strafversprechen in analoger Weise anzuwenden. Es ist daher auch bei diesen, da, wo Strafverfall in Frage kommt, den der Schuldner durch sein Verhalten herbeigeführt zu haben bestreitet, stets die entscheidende positive Handlung von dem zu beweisen, der sich auf sie — sei es zu gunsten, sei es zu ungunsten des Strafverfalls — beruft.

Die Beweislast bezüglich des Strafversprechens selbst wird natürlich, wie auch bei der Vertragsstrafe, durch diese Vorschrift nicht berührt und liegt hier wie dort dem Gläubiger ob, der aus einem solchen Ansprüche erheben will.